Das Verhältnis von § 437 zu § 306 BGB.

Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde bei
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

Vorgelegt von
Heinz Henneberg.

Liegnitz 1931.

Druck von Oscar Heinze, Buchdruckerei und Verlagsanstalt,
Liegnitz, Ritterstraße 24.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter:
Professor Dr. Süß.

Inhaltsverzeichnis.

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. 1927.
Bechmann: System des Kaufes nach gemeinem Recht. 1884.
Bendix: Die Haftung für den Rechtsbestand von Rechten. Zur Auslegung des § 437 Abs. I BGB. im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 32, S. 323.
Brinz: Die Prästation unmöglicher Leistungen, über Mommsen, Beiträge, in: Kritische Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 5.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten. II. 1925 (2. Aufl. 1879).
Brunner: Die Wertpapiere, in Endemanns Handbuch des Handelsrechts. Bd. II. S. 140, 1882.
Buch: Schuld und Haftung im geltenden Recht. 1914.
Burchard-de Boor: Bürgerliches Recht. 1930.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1927.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.
Dernburg-Sokolowski: System des römischen Rechts. II. 8. Aufl. 1912.
Dernburg: Das bürgerliche Recht. 2. Bd. 1915.
Düringer: in: Leipziger Zeit. für Handelsrecht. 1909. S. 674. zu RG. 2. Zivilsen. vom 14. 5. 1909.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1913.
Eisele: Über Nichtigkeit obligatorischer Verträge, in: Iherings Jahrb. Bd. 25, S. 414.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 11. Aufl. 1930. Recht der Schuldverhältnisse.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nebst Denkschrift. Reichstagsvorlage 1895/97, Nr. 87 und 87a.
Fischer, H. A.: Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre. 1904.
Fischer, O.: Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund, 1. Beitrag, 1912.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 13. Aufl. 1927.
Gierke, O.: Deutsches Privatrecht. Bd. I, 1895, Bd. III, 1917.

Goldbaum: Die Abgrenzung des § 306 gegen die §§ 437, 445 BGB., bei Patent- und Gebrauchsmusterveräußerungen. in: Zeitschrift f. Industrierecht, 1912, S. 97.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1921.

Hanausek: Die Haftung des Verkäufers. 2. Abtlg. 1887.

Hartmann: Die Obligation. 1875.

Hedemann: Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1921.

Herold: Die Ansprüche einer Bank beim Kauf falscher ausländischer Banknoten. im: Bankarchiv, 1924, S. 338.

Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 5. Aufl. 1930.

Jacobi: Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht. in: Ehrenbergs Handbuch, Bd. IV, 1, S. 409. 1917.

Jacobi: Grundriß des Rechts der Wertpapiere. 1921.

Jhering: Culpa in contrahendo, in: Jherings Jahrb. Bd. 4, S. 1.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung. 1900.

Kisch: Über Titze in: Kritische Vierteljahresschrift, Bd. 44, S. 506.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen. 1900.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. 1906.

Kohler: Lehrbuch des Patentrechts. 1908.

Korn: Handbuch des Zivilrechts. 2. Aufl. 1927.

Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. 1929.

Krückmann: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. I. und II. in: Jherings Jahrb. Bd. 57; 59.

Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. 5. Aufl. 1929.

Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903.

Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1904.

Lenel: Parteiabsicht und Rechtserfolg. in: Jherings Jahrb. Bd. 19, S. 154.

Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB. im: Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 10. Abtlg., 2. Teil, 1929.

Loewenwarter: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1929.

Marck: Die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften als Folge der Unmöglichkeit der Verwirklichung ihres Inhalts. 1913.

Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 7. Aufl. 1914.

Megerlin: Zur Lehre von der Haftung des Verkäufers von Wertpapieren. Diss. Erlangen, 1912.

Mommsen: Die Unmöglichkeit der Leistung, Beiträge I, 1853.

Mommsen: Über die Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, Erörterungen 2, 1879.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1888.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 1899.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 6. Aufl. 1912.
Oertmann: Der gewöhnliche Handelskauf, in: Ehrenbergs Handbuch, Bd. IV, 2, S. 327, 1918.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl. 1929.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 1928.
Preffer: Zur übermäßigen wirtschaftlichen Leistungsschwierigkeit. in: Deutsche Juristen-Zeitung, 1922, S. 148.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1899.
Raape: Das gesetzliche Veräußerungsverbot. 1908.
Rabel: Die Haftung des Verkäufers. 1902.
Rabel: Unmöglichkeit der Leistung. in: Festschrift für Bekker, 1907. S. 171.
Rabel: Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis. in: Rhein. Zeitschr. 1911, S. 467.
Rabel: Die Unmöglichkeit der Leistung. in: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des ABGB. Bd. II, 1911.
Rehbein: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, 1903.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten, 7. Aufl. 1929.
Riezler: Deutsches Urheber- und Erfinderrecht. 1909.
Römer: Die Leistung an Zahlungsstatt. 1866.
Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. 1929.
Schliemann: Die Haftung des Zedenten. 1850.
Schloßmann: Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges, in Iherings Jahrbuch, Bd. 45, S. 97.
Schmidt: Bürgerliches Recht. 1927.
Schweitzer: Über die Grenzen von Unmöglichkeit und Unvermögen bei dem Verkauf einer Forderung. Diss. Breslau, 1910.
Schollmeyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II, 1900.
Schumann: Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht, 1924.
Siméon-David: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, Bd. I, 1. 14./15. Aufl. 1928.
Snethlage: Die Verpflichtung des Verkäufers einer Forderung. Diss. Rostock, 1902.
Soergel: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 4. Aufl. 1929.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1897.
Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 1928.
Süß: Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. 1931.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung. 1900.

Titze: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1926. in: Kohlrausch's Enzyklopädie. Bd. VIII.

Türke-Niedenführ-Winter: Das Bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1904.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1930.

Windscheid: über Mommsen, Beiträge I, in: Kritische überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. II, S. 106.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, neubearbeitet, 2. Aufl. 1906, Bd. II.

Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, (Gruch. Beitr.).

Juristische Rundschau, Beilage zur Zeitschrift: „Die Rechtsprechung" (Jur. Rundsch.).

Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins (JW.).

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht (LZ.).

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht).

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (ROLG.).

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten deutschen Gerichte (Seuff. Arch.).

Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (Warn. Rspr.).

I. Die Streitfrage und die Aufgabe der Arbeit.

§ 437 BGB. behandelt den Verkauf von Forderungen und Rechten. Das Gesetz hat damit zu einer alten Streitfrage Stellung genommen, indem es der Bestimmung „ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig" (§ 306 BGB.) eine andere gegenüberstellte: „Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes" (§ 437 Abs. I BGB.). Trotz des äußerst umfangreichen Schrifttums über das Verhältnis und die Abgrenzung dieser beiden Vorschriften zueinander ist die Frage, in welcher Beziehung beide Bestimmungen stehen, welche Fälle unter § 437 BGB. und welche unter § 306 BGB. zu rechnen sind, auch heute noch äußerst umstritten[1]).

Einigkeit herrscht wenigstens darüber, daß durch § 437 Abs. I auch Fälle des Nichtbestehens von Forderungen betroffen werden, und daß damit heute der Vertrag über den Verkauf einer nicht bestehenden Forderung gültig ist[2]). Die praktische Bedeutung der Streitfrage zeigt sich aber sofort mit aller Schärfe, wenn das Verhältnis beider Paragraphen zueinander abgegrenzt werden soll[3]). Entweder haftet der Verkäufer einer nicht bestehenden Forderung *immer*, wenn man alle Fälle des Nichtbestehens einer Forderung § 437 Abs. I unterstellt[4]), oder er haftet *nur* im Falle des § 437 Abs. I, wenn man auf den Verkauf einer nicht bestehenden Forderung einmal § 306, sonst aber § 437 anwendet[5]). Soweit überhaupt die Ansicht vertreten wird, daß nicht alle Fälle unter § 437 zu rechnen sind, soweit besteht auch Einigkeit darüber, *wann* § 306 zur An-

---

[1]) vgl. Marck, S. 71 ff.; Schweitzer, S. 4 ff.; Titze, Unmöglichkeit, S. 64 ff., 268; Staudinger, § 306 Anm. 2, b.

[2]) Staudinger § 437 Anm. 1; Dernburg § 182 Nr. IV; Leonhard I, 1 S. 310; RG. in LZ. 1909, S. 674, Nr. 12; abweichend Planck, § 306 Anm. 2a.

[3]) vgl. RGZ. 68, 293; 86, 210.

[4]) Marck, S. 71, 74; Titze, a. a. O. S. 268.

[5]) Schweitzer, S. 27 ff.

wendung kommt, wobei man allerdings von verschiedenen Gesichtspunkten ausgeht[6]). Die Erklärungsversuche aber, warum in dem einen Fall § 306, in dem anderen jedoch § 437 anzuwenden ist, gehen völlig auseinander.

So sagt man, in dem Kaufvertrage über eine nicht bestehende Forderung stehe das nicht vorhandene Gläubigerrecht des Verkäufers der Nichtexistenz der Sache bei dem Kaufvertrage über eine nicht vorhandene Sache gleich[7]). Ein solcher Verkauf sei als ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag anzusehen[8]), da ihm der Leistungsgegenstand fehle. Nach § 306 wäre ein solcher Vertrag nichtig. Durch die Vorschrift des § 306 werde aber allgemein die Gültigkeit eines Versprechens nicht berührt, in dem die vertragliche Garantie dafür übernommen werde, daß die Leistung möglich sei, auch wenn sie objektiv unmöglich sei[9]). Obwohl nun nach § 306 der Verkauf einer nicht bestehenden Forderung nichtig sei, so dürfe man doch — und diesen Weg zeige gerade das Bürgerliche Gesetzbuch[10]) — in der Bestimmung des § 437, welche die Gültigkeit eines solchen Vertrages ausspreche, von einer derartigen Auslegung des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages ausgehen und den Vertrag als Garantievertrag auffassen[11]). Daher sei § 437 eine positive Ausnahme von der Regel des § 306[12]). Zu unterscheiden sei aber, ob die Entstehung der Forderung objektiv unmöglich sei oder nicht[13]). Sei das Bestehen der Forderung nur aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen, dann liege niemals eine objektive Unmöglichkeit des Entstehens der Forderung vor, und in diesem Fall sei § 437 anzuwenden. Bestehe aber die Forderung aus tatsächlichen Gründen nicht, so sei deren Entstehung objektiv unmöglich, und die Regel des § 306 finde Anwendung[14]).

Andererseits wird die Meinung vertreten, § 437 sei lediglich ein Fall des — subjektiven — Unvermögens, während im § 306 die anfängliche — objektive — Unmög-

---

[6]) Oertmann, § 437 Anm. 3; Gierke, III, § 193, Anm. 34.

[7]) Schweitzer, S. 10, 26.

[8]) RG. in Jur. Rundsch. 1925, Nr. 1622.

[9]) Bendix, in: Arch. f. bürg. Recht, Bd. 32, S. 326.

[10]) Schweitzer, S. 32.

[11]) Planck, § 437 Anm. 1a; Enneccerus-Lehmann, S. 106; Landsberg S. 436; Goldmann-Lilienthal S. 486; RGZ. 73, 210.

[12]) Recht, 09, Nr. 1667.

[13]) O. Fischer, S. 27.

[14]) Oertmann-Komm. § 437 Anm. 1 und 3.

lichkeit geregelt sei[15]). Im Falle des § 437 handele es sich überhaupt nicht um das Versprechen einer objektiv unmöglichen Leistung. Denn § 437 beziehe sich nur darauf, daß der Verkäufer das objektiv mögliche Recht nicht besitze[16]). Voraussetzung sei nur, daß das nicht bestehende Recht begründet, also beschafft werden könne, seine Entstehung objektiv möglich sei. Sei aber das Entstehen der Forderung objektiv unmöglich, dann sei ein solcher Vertrag nach § 306 nichtig[17]).

Zur Lösung der gestellten Aufgabe wird es wesentlich sein, die grundlegenden Fälle hervorzuheben, in denen eine Forderung verkauft wird. Alle im Schrifttum bisher behandelten und im Rechtsleben vorkommenden Forderungsverkäufe lassen sich dahin zusammenfassen, daß man lediglich drei Hauptfälle zu unterscheiden hat:

1. Das verkaufte Recht besteht, gehört aber nicht dem Verkäufer.

2. Das verkaufte Recht besteht nicht, es kann aber von einem anderen geschaffen werden.

   Hierhin gehören: Die Forderung ist gar nicht entstanden. Sie ist wieder erloschen (§§ 406, 389 BGB.). Sie kann durch Gegenrechte oder Einreden wirksam entkräftet werden; äußerlich erscheint die Forderung als zu Recht bestehend, in Wahrheit ist sie jedoch ihrer Wirksamkeit entweder für immer oder auf Zeit beraubt. Ebenso der Verkauf einer zwar bestehenden, aber unübertragbaren Forderung[18]). Diese Forderung steht dem Schuldner zweifellos zu, tatsächlich kann ihre Abtretung nicht erfolgen (vgl. z. B. §§ 399, 400, 847, 1300, 1623 BGB.). In allen Fällen wäre es aber anderen Personen als dem Schuldner möglich gewesen, ein solches Recht zu begründen oder abzutreten.

3. Das verkaufte Recht besteht nicht und kann nicht geschaffen werden.

---

[15]) Düringer-Hachenburg, III, S. 47; Dernburg II, 1 S. 153; II, 2 S. 59; RG. 90, 244.

[16]) Schloßmann in: Iherings Jahrb. Bd. 45, S. 113; Herold in Bankarch. 1924, S. 340.

[17]) Kreß, S. 117.

[18]) Zustimmend Titze, Unmöglichkeit, S. 65; im Ergebnis: Raape, S. 168; Planck § 437, Anm. 1b; Staudinger, § 437, Anm. 5.

Während im Falle 1 das verkaufte Recht besteht, aber dem Verkäufer nicht zusteht, besteht es in den Fällen 2 und 3 nicht. Dabei fällt sofort auf, daß im Fall 2 das Recht geschaffen werden kann. Sein Bestehen ist also möglich. Im Fall 3 kann es aber von niemand geschaffen werden, sein Entstehen ist an sich unmöglich. Damit ist der Kernpunkt der Streitfrage festgelegt: wenn im Fall 2 das Bestehen des Rechts objektiv möglich, im Fall 3 aber objektiv unmöglich ist, wenn die Fälle 1 und 2 unter § 437 fallen, Fall 3 dagegen unter § 306, dann ist § 437 keine Ausnahme von § 306. Das Verhältnis beider Vorschriften läßt sich dann einwandfrei in der Weise abgrenzen, daß in allen Fällen des Unvermögens § 437 anzuwenden ist, während sich § 306 lediglich auf die Fälle der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit bezieht.

II. Die verschiedenen Ansichten.

1. a) Aus den §§ 433, 434 BGB. folgt die Verpflichtung des Verkäufers einer Forderung, sie dem Käufer frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Verkäufer geltend gemacht werden können. Doch diese Bestimmungen beziehen sich nur auf den Verkauf einer bestehenden Forderung. Nach einer im gemeinen Rechte häufig vertretenen Auffassung[19]) galt der Kauf einer nicht bestehenden Forderung mangels eines Vertragsgegenstandes als nichtig[20]). Heute bestimmt § 306 die Nichtigkeit des auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrages. Es könnte nahe liegen, beim Forderungsverkauf an den Verkauf einer nicht vorhandenen Sache zu denken[21]). Das Bürgerliche Gesetzbuch folgt aber dem richtig verstandenen gemeinen und Land-Recht (Dig. 18, 4, 4; 5. 21, 2, 74 § 3. I, 11, § 427 ff. ALR.) insoweit, als es die Haftung des Zedenten nicht aus der Abtretung als solcher, sondern dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis bestimmt werden läßt. Das Geschäft wird daher nicht, wie beim Verkauf einer nicht vorhandenen Sache, wegen Unmöglichkeit der Leistung als nichtig behandelt und dem Käufer nur ein Anspruch auf das negative Interesse gegeben,

---

[19]) vgl. besonders Windscheid, II § 315 N. 4.

[20]) Schliemann, S. 64; Seuff. Arch. 30, Nr. 238.

[21]) So Schweitzer, S. 10. Dagegen schon Ihering in Jahrb. Bd. 4, S. 69; Rehbein § 306 Anm. 8a.

(§§ 306, 307 BGB.). Durch § 437 ist jeder Zweifel beseitigt[22], ein solcher Verkauf ist gültig. Der Verkäufer haftet unbedingt für den Rechtsbestand der Forderung; er hat ihn sogar zu vertreten, auch wenn er das Nichtbestehen der Forderung nicht gekannt hat[23].

Die aus § 437 folgende Gültigkeit eines derartigen Vertrages soll nun mit der Regel des § 306 in Widerspruch stehen. So meint Rabel, § 437 bestreite diesem sogar einen Teil seines Geltungsbereichs. Was für das Eigentum gelte, der Verkauf einer nicht bestehenden Sache sei nach § 306 nichtig, gelte nicht für ein Patentrecht, ein Urheberrecht, nicht für eine Forderung, deren Nichtbestehen stets eine objektive Unmöglichkeit bedeute[24]. Das Zusammenwirken der §§ 306 und 437 könne man aber dann nicht begreifen, wenn man nicht wisse, daß § 306 die römische Stipulationslehre, § 437 aber einen Satz aus dem bonae fidei = Recht des Kaufvertrages (Dig. 18, 4, 4; 7; 8.) herausgreife; wenn man weiter nicht wisse, daß die römischen Juristen beim Verkauf von Forderungen und Rechten die alte Regel nicht mehr angewandt haben: nec emptic nec venditio sine re quae veneat potest intellegi (Dig. 18, 1, 8 pz.). Heute hätten wir den Rechtszustand, daß ein Verkauf körperlicher Sachen, wenn diese nicht bestehen, nichtig sei, und daß ein Verkauf von Rechten, die nicht bestehen, gültig sei. Dieses Ergebnis könne man aber einfach nicht genügend erklären, da bei dem Verkauf einer nicht bestehenden Forderung immer Haftung auf das Interesse nach § 437 bestehe. Daher lasse sich auch keine ratio entdecken, nach welcher die beiden widersprechenden Vorschriften zu trennen seien und sicher entschieden werden könnte, wohin z. B. der Verkauf verloster Wertpapiere, einer patentunfähigen Erfindung u. dergl. gehöre[25].

In diesen Fällen des § 437 passe auch § 306. Titze[26] habe eine Reihe von Kollisionen beider Gesetzesbestimmungen angeführt, wo Anhaltspunkte für eine Lösung fast gänzlich fehlen: Versprechen eines Patents an einer patentunfähigen Erfindung usw. § 437 könne man nicht ausschalten[27]. Rabel verkennt hier Titze vollkommen. A. a. O.

---

[22] vgl. aber Planck a. a. O.

[23] So auch Oertmann, a. a. O.; Bendix, in: Arch. f. bürger. Recht, Bd. 32, S. 328.

[24] in: Festschr. f. Bekker, S. 223; Rhein. Zeit. 1911, S. 478.

[25] in: Festschrift z. Jahrhundertfeier II, S. 830.

[26] Unmöglichkeit, S. 65.

[27] in: Festschr. f. Bekker, S. 223.

sagt Titze richtig, wann objektive und wann subjektive Unmöglichkeit vorliegt, um im Ergebnis[28]) zu der von Rabel vertretenen Ansicht zu kommen. Gerade Titze will § 437 immer anwenden. Rabel meint, § 306 sei höchstens vorzuziehen, wenn die Gattung des verkauften Rechts nicht bestehe oder der Vertrag aus einem anderen Grunde offensichtlich absurd erscheine[29]). Dafür sei aber eine unmittelbar gesetzliche Handhabe nicht vorhanden.

Sicher kann man Rabel von seinem Standpunkt aus eine gewisse Folgerichtigkeit seiner Ansicht nicht absprechen. Seine Meinung erledigt sich aber durch ihre inneren Widersprüche. In allen Fällen des Verkaufs einer nicht bestehenden Forderung bestehe immer Haftung auf das Interesse nach § 437; und zwar eine gesetzliche Haftung aus gültigem Kaufvertrag. Die Klage gehe auf Leistung, auf Verschaffung des Rechtes, erst in zweiter Linie, wie allemal bei anfänglichem Unvermögen, auf Schadensersatz[30]). Wenn der Verkauf einer nicht bestehenden Forderung auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist, dann bleibt doch diese unmöglich, gleichgültig, ob das Gesetz ausnahmsweise den Vertrag für gültig erklärt. Die Verschaffung des Rechtes ist unmöglich. Dann müßte man hier die Unmöglichkeit dem Unvermögen gleichstellen. Rabel hält aber auch in diesen Fällen des § 437 die Anwendung des § 306 für möglich[31]). So umstritten die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung auch ist, einig ist man sich wenigstens darüber, daß § 306 lediglich die anfängliche objektive Unmöglichkeit betrifft[32]). Es ist aber keinesfalls anzunehmen und unserem Gesetzbuch kaum zuzutrauen, daß es in § 306 das Unvermögen ausgelassen habe, um in § 437 eine Ausnahme von der Regel aufzustellen. Denn andererseits sagt Rabel doch wieder, § 437 wäre die gesetzliche Ausnahme von der Regel des § 306. Dann wäre aber das Verhältnis beider Vorschriften zueinander geklärt, und beide Bestimmungen könnten doch nicht gleichzeitig anwendbar sein.

---

28) S. 268.

29) Rhein. Zeitschr. S. 479.

30) a. a. O. S. 478.

31) Festschr. f. Bekker, a. a. O.

32) Rabel, a. a. O. S. 224 ff.: Motive II, S. 45: Rehbein § 306 Anm. 8: Kisch, Krit. V.S. Bd. 44, S. 550 ff.: Dernburg II, 1 S. 153: Presser, DJZ. 1922, S. 152: Kreß, S. 113: Oertmann § 306 Anm. 1: Siméon-David, S. 324: Reichsgericht in Zivilsachen, 69, 355.

Bei richtiger Durchführung von Rabels Meinung, der Verkauf einer nicht bestehenden Forderung stehe demjenigen nicht vorhandener Sachen vollkommen gleich, müßte man mit Marck[33]) zu dem Ergebnis kommen, daß § 437 die Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit für diese Käufe ausschließe. Das wäre aber eine außerordentlich bedeutsame Durchbrechung des Prinzips der §§ 306 ff. Denn dann hätte das Gesetz alle Fälle, in denen die dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Verschaffung der verkauften Forderung oder des Rechtes an den Käufer nicht zu dem gewünschten Erfolg führt, den Grundsätzen der Gewährleistung für einen Mangel im Recht unterstellt. Es ist dann nur folgerichtig, wenn Marck[34]) sagt, wer im § 437 keine Ausnahme von den Unmöglichkeitsvorschriften sieht, müsse diesen Verkauf notwendig für nichtig erklären. Er verwirft hier den Grundsatz der Unmöglichkeitslehre, die Nichtigkeit des Vertrages über eine unmögliche Leistung, weil man den Ausnahmen Fälle unterstellen müsse und ihnen solche nicht entziehen dürfe. Denn diesen Kauf könne man unbedenklich für gültig erklären, weil hier die Schutzbedürftigkeit des Käufers ebenso gegeben sei wie bei dem gewöhnlichen Forderungskauf. Maßgebend für die Schutzbedürftigkeit sei nur die Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Unmöglichkeit.

Den Vertrag über eine unmögliche Leistung nur aus rechtspolitischen Gründen für gültig zu erklären, dürfte bedenklich sein[35]). Wie soll man aber die Frage beantworten: wann ist eine unmögliche Leistung überhaupt relativ und wann absolut unmöglich? Marck kennt anscheinend nur Fälle der relativen Unmöglichkeit[36]). Wenn er aber den Kauf wegen absoluter Unmöglichkeit der objektiv unmöglichen Leistung anscheinend für ungültig erklärt, so will er wahrscheinlich dann statt der Ausnahme die Regel des § 306 gelten lassen. Damit stellt er aber wieder eine Ausnahme von seiner Behauptung auf, und § 437 würde danach nicht alle Fälle des Verkaufs einer nicht bestehenden Forderung betreffen. Nach Marck[37]) sind aber § 437

---

[33]) S. 71 ff.

[34]) S. 73.

[35]) vgl. Rabel, Festschr. II S. 830 und auch Oertmann, in: Ehrenberg S. 402 ff.

[36]) a. a. O. S. 74.

[37]) S. 71.

alle Fälle unterstellt. Ebenfalls ein unbegreiflicher Widerspruch.

Die rein theoretische Auseinandersetzung über die Auslegung des § 437 ist von größter praktischer Bedeutung, wie eine bekannte Entscheidung des Reichsgerichts[38]) gezeigt hat. Es wurde ein Gebrauchsmuster an einem mit Reklamen und Ankündigungen versehenen Briefumschlag verkauft. Dieser Briefumschlag mit bloßen Reklamen und geschäftlichen Ankündigungen stellte keine neue Gestaltung und Anordnung dar, die dem Gebrauchszwecke der Briefumschläge dienen sollte und konnte. Zum Schutze dieses Briefumschlages konnte gar kein Gebrauchsmuster begründet werden; trotz Eintragung des Gebrauchsmusters konnte der Briefumschlag beliebig nachgemacht werden. Das Reichsgericht sah hierin einen Fall des § 306 und erklärte den Vertrag für nichtig. Rabel und Marck behandeln den Verkauf unter Zugrundelegung von § 437 für gültig[39]). Krückmann[40]) billigt aus praktischen Gründen das Ergebnis des Reichsgerichts, weil die Haftung für Rechtsmängel überaus streng sei. Im Ergebnis ist auch er der Ansicht Marcks und würde ebenfalls den Kauf für gültig erklären, weil § 437 jede Anwendung des § 306 ausschließe. Die Ausführungen des Reichsgerichts ständen mit § 437, so wie dieser gedacht sei, im Widerspruch.

Auch Düringer[41]) bekämpft die Ansicht des Reichsgerichts. Er will in jedem Fall § 437 anwenden. Der Verkauf eines überhaupt nicht bestehenden oder dem Veräußerer nicht zustehenden Rechtes sei kein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag. Darum könne § 306 hier auch nicht angewendet werden. Der Vertrag sei vielmehr gültig. Nach Düringers Ansicht umfaßt also § 437 nur Fälle des Unvermögens[42]). Bei jedem Verkauf einer nicht bestehenden Forderung soll nur Unvermögen des Schuldners zur Leistung vorliegen? Der Verkauf einer patentunfähigen Erfindung, deren Leistung von niemand bewirkt werden kann, ist auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet. Dies ist sogar unbestritten[43]). In der Tat steht Düringer mit seiner Ansicht allein.

---

[38]) RGZ. 68, 292.
[39]) Ebenso den in RGZ. 51, 92 behandelten Fall.
[40]) Institutionen, S. 178.
[41]) in: LZ. 09, S. 674.
[42]) vgl. die von Düringer herangezogene Entsch. d. RG. in LZ. 1908, S. 446 Nr. 14 und S. 449, Nr. 28.
[43]) Marck, S. 71; Schweitzer, S. 10; Kreß, S. 114.

Schließlich behauptet noch Titze[44]), § 437 bestimme in jedem Fall die Gültigkeit des Forderungsverkaufs im Gegensatz zu § 306. Die von ihm vertretene Meinung gehört aber sachlich unter Abschnitt c.

b) Zur Haftung des Verkäufers wird zwar ganz allgemein gesagt[45]), unser Bürgerliches Gesetzbuch behandele den Verkauf einer Sache und den eines Rechts als zwei gesonderte Arten des Kaufes. Die Regelung des Verkaufs einer Forderung beruhe auf der Grundauffassung, daß die Haftung des Verkäufers aus dem Gesichtspunkt der Gewährleistung für Rechtsmängel und nicht nach den Grundsätzen über Unmöglichkeit der Leistung einer nicht bestehenden Sache zu beurteilen sei[46]). Der Verkäufer hafte grundsätzlich für die rechtliche Verwertbarkeit der Forderung. Er habe ohne besondere Zusicherung für den Rechtsbestand aufzukommen; wie man aber vielfach behauptet, nach Art eines Garantieversprechens[47]).

Die Haftung des Verkäufers für den Rechtsbestand soll gerade mit dem wichtigsten Grundsatz des Kaufes in Widerspruch stehen, der als Folgerung des allgemeinen Satzes impossibilium nulla est obligatio heute noch bestehe und im gemeinen Recht besagte: nec emptio nec venditio sine re, quae veneat potest intellegi (Dig. 18, 1, 8 pz.). Eine nicht bestehende Forderung soll als Leistungsgegenstand ebenso eine objektiv unmögliche Leistung darstellen wie eine nicht bestehende Sache[48]). Schweitzer a. a. O. versucht diese Behauptung damit zu erklären, daß eine Forderung nur eine Schöpfung und ein Gebilde des Rechts sei. Daher sei es eine reine Tatfrage, ob eine Sache bestehe oder nicht, während eine Rechtsfrage vorliege, wenn es sich darum handele, ob eine Forderung bestehe oder nicht. Im Gegensatz zur körperlichen Sache sei sie ohne sachliches Substrat und lediglich aus rechtlichen Elementen zusammengesetzt, die das fehlende Substrat ersetzen. Darum

---

44) Unmöglichkeit, S. 268.

45) Staudinger § 437 Anm. 1.

46) Denkschr. S. 58.

47) So herrsch. Meinung: Schweitzer a. a. O. S. 26 ff.; Bendix, a. a. O. S. 326; Staudinger § 437, Anm. 1a; Soergel § 437 Anm. 1; Enneccerus-Lehmann § 106, II, 3; Buch, S. 41; RGZ. 73, 210.

48) Hartmann, S. 179; Bechmann § 239, S. 438; Kisch in Krit. V. S. Bd. 44, S. 517; Kleineidam, S. 160; Schollmeyer, § 306 Anm. 4c; Schweitzer, S. 10; Oertmann in Ehrenberg, IV, 2 S. 402; teilweise H. A. Fischer, S. 28 ff.

trete die Forderung nur mit Rechtscharakter in die äußere Erscheinung, indem das sachliche Substrat durch die Berechtigung des Gläubigers ersetzt werde. Das Fehlen dieser Berechtigung des Gläubigers entspreche demnach bei der res corporalis dem Nichtbestehen der Sache[49]).

Diesen Ausführungen kann man im wesentlichen zustimmen. Nur stimmt die Gleichung: fehlendes Gläubigerrecht = mangelnder Bestand der Sache nicht, wenn Schweitzer einfach fortfährt: „Wie bei der Nichtexistenz der Sache objektive Unmöglichkeit der Leistung des auf sie gerichteten Vertrages vorliegt, so ist der Kaufvertrag über eine nicht bestehende Forderung nach denselben Vertragsgrundsätzen ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag." Weil die Abtretung einer nicht bestehenden Forderung unmöglich sei, soll der Kaufvertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet sein[50]). Ersetzt man den „Kaufvertrag" durch „Abtretungsvertrag", so hätte Schweitzer insofern Recht, als eine Zession überhaupt nicht erfolgt ist, weil die angeblich abzutretende Forderung gar nicht besteht und dem angeblich Abtretenden keine Befugnis als Gläubiger zusteht. Einen guten Glauben gibt es im allgemeinen nicht beim Forderungserwerb; eine nicht bestehende Forderung kann niemand abtreten. Der Verkauf einer Forderung ist aber das der Abtretung zugrunde liegende Kausalgeschäft. Beide Geschäfte werden häufig gleichzeitig abgeschlossen. Die Haftung des Verkäufers gemäß § 437 hat aber doch nichts mit der Abtretung der Forderung als solcher zu tun. Durch die Haftung aus dem Kausalgeschäft soll nur das erreicht werden, was infolge eines Mangels des abstrakten Vertrages nicht erreicht wurde. Entweder kennt Schweitzer keinen Unterschied zwischen Abtretungs- und Kaufvertrag, oder er hält auch den Verkauf einer bestehenden, aber dem Verkäufer nicht gehörigen Forderung für eine unmögliche Leistung. Diesen Fall des § 437 hat aber Schweitzer überhaupt nicht behandelt.

Auch Oertmann[51]) unterläuft derselbe Irrtum. Eine nicht bestehende Forderung könne unmöglich „geleistet" werden. Dazu sei nicht nur der Veräußerer unvermögend.

---

[49]) Ebenso Kisch, a. a. O.

[50]) vgl. auch Schweitzer, S. 24.

[51]) Komm. § 437 Anm. 1a; ebenso Kisch, a. a. O.; H. A. Fischer, S. 28 ff.; Titze, Schuldverhältnisse, S. 94 ff.; Planck § 306, Anm. 2a; Leonhard, S. 310.

Und wenn die Forderung später entstehe, so sei es doch nicht gerade die veräußerte, da eine Forderung durch ihren — bei der veräußerten eben nicht vorhandenen — Entstehungsgrund gekennzeichnet werde. Gewiß, aber die Haftung des Verkäufers gemäß § 437 tritt doch nicht deshalb ein, weil die Abtretung der Forderung unmöglich ist, sondern weil er sich verpflichtet hat, eine Forderung zu übertragen, deren Abtretung ihm unmöglich ist.

Der Verkauf einer nicht bestehenden Forderung soll eine „unmögliche Leistung" zum Gegenstand haben. Dann wäre die Rechtsgültigkeit eines solchen Vertrages wirklich eine Anomalie[52]). Planck ist in der Tat der einzige, der die Gültigkeit für das neue Recht dahin gestellt sein läßt[53]). Gegenüber dem klaren Gesetzestext ist allerdings jeder Zweifel unverständlich. Dann müsse man aber auch § 437 als positive Ausnahme von der Regel des § 306 ansehen[54]).

Unser Bürgerliches Gesetzbuch müßte wichtige Gründe dafür gehabt haben, entgegen seinem System, allgemein gültige Bestimmungen für alle Schuldverhältnisse einheitlich zu regeln, in der seit je umstrittenen Unmöglichkeitslehre eine Ausnahme für ein einzelnes Schuldverhältnis, den Verkauf einer Forderung, aufzustellen. Schon im gemeinen Recht sollen dafür rechtspolitische Gründe maßgebend gewesen sein. Bechmann[55]) erklärt die Gültigkeit damit, daß der Käufer regelmäßig keine Möglichkeit habe, sich von dem Bestehen der Forderung zu überzeugen, sondern sich auf die Angaben des Verkäufers verlassen müsse.

---

[52]) Oertmann in Ehrenberg, IV, 2 S. 402.

[53]) vgl. unten Seite 22; dagegen sind für Gültigkeit: schon im gemeinen Recht: Eisele, S. 482: Römer, S. 99 ff.; Mommsen, Beitrag I S. 135; Bechmann, a. a. O. BGB.: Stammler, S. 107; O. Fischer, S. 25; Staudinger § 437 Anm. 1a; Soergel § 437 Anm. 2; Titze, Schuldverhältnisse, S. 94 ff.; Leonhard I, 1 S. 310; Enneccerus-Lehmann, § 29 S. 106, Ziff. 7.

[54]) Schweitzer, S. 26; Stammler, S. 108; H. A. Fischer, S. 29; Kisch, a. a. O. S. 517; Die Wirkung, S. 112; Kleineidam, S. 159; Schollmeyer, § 306 Anm. 4c; Landsberg, S. 436; O. Fischer, S. 25; Marck, S. 71; Goldmann-Lilienthal, S. 486; Staudinger, § 437 Anm. 1; Planck, § 437 Anm. 1a; RGRKomm. § 437 Anm. I; Soergel, § 437 Anm. 2; Enneccerus-Lehmann, §§ 29, 7; 106, II, 3; Oertmann, § 437 Anm. 1a; Loewenwarter, § 306; Leonhard, S. 310; RG. in Recht, 09, 1667.

[55]) S. 438.

Die Sicherheit des Handelns mit Forderungen verlange, daß das Haften des Verkäufers für das Bestehen der angeblichen Forderung gewollt sein müsse[56].

Es ist nicht verwunderlich, daß man die in § 437 ausgesprochene Gültigkeit ebenfalls mit praktischen und rechtspolitischen Gründen zu erklären sucht[57]. Aber man betont, diese Ausnahme beruhe nicht auf logischen Gründen[58]. Man erkennt also richtig, daß das Gesetz dann in § 437 eine Regel aufgestellt hätte, die seinem Wesen widerspricht. Die Erwägung allein, der Käufer sei auf die Angaben des Verkäufers angewiesen[59], scheint doch nicht durchgreifend zu sein. Darum hängt man § 437 den Mantel der Garantiehaftung um. Eine solche Garantiehaftung sei, wie sie vertraglich zulässig ist, hier durch das Gesetz dafür auferlegt, daß die Leistung der Forderung möglich sei, obwohl sie in Wirklichkeit unmöglich sei[60].

Und diese Garantie soll nun aber keine absolute sein; die gesetzliche Haftung für eine unmögliche Leistung werde durch das Gesetz wieder für einen Fall ausgenommen. Ausgeschlossen sei die Gültigkeit des Kaufes und damit die Haftung auf das Erfüllungsinteresse gemäß § 437 überall bei dem Verkauf solcher Rechte, deren Entstehung nach ihrer objektiven Eigenart von vornherein unmöglich sei. Dann gelte vielmehr § 306[61]. Gerade was nach Titze[62] vermieden werden soll, daß der Vertrag über eine nicht bestehende Forderung bald gültig, bald nichtig sei, wäre demnach der Fall. Ausschlaggebend sei, ob die Forderung entstehen könne oder nicht.

Schweitzer[63] betont die Unterscheidung der Unmöglichkeit des Entstehens aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen. § 437 betreffe nur den Vertrag über die individuelle, wegen rechtlichen Mangels nicht entstandene Forderung, z. B. das als Darlehnsforderung verkaufte Recht war eine

---

56) Ebenso Hartmann, S. 181.

57) Oertmann, § 306 Anm. 1; § 437 Anm. 1a; in Ehrenberg, S. 403; Staudinger, § 437 Anm. 1a; Stammler, S. 108.

58) Oertmann, a. a. O.

59) Schweitzer, S. 27.

60) Schweitzer, S. 27; Bendix, S. 326; Soergel, § 437 Anm. 1; Staudinger, § 437 Anm. 1.

61) Oertmann in Ehrenberg, S. 403; Staudinger, § 437 Anm. 5; Enneccerus-Lehmann, § 29 Ziff. 7b; § 106 II, 3; O. Fischer, S. 27; Soergel, § 306 Anm. 4; Schweitzer, S. 27.

62) Unmöglichkeit, S. 268.

63) S. 27 ff.

Schenkung. Dieser stelle zwar einen auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag dar, die Entstehung der nicht existenten Forderung sei jedoch nicht objektiv unmöglich. Man könne hier nur von einer subjektiven Unmöglichkeit des Entstehens sprechen, weil die verkaufte nicht bestehende Forderung immerhin bestehen könnte. Von der Bestimmung des § 437 ausgenommen und der Vorschrift des § 306 wieder unterstellt sei der Fall der Veräußerung einer nicht bestehenden Forderung, deren Entstehen objektiv unmöglich war, nicht nur im einzelnen Fall, sondern für immer und für jeden[64]. Und dies, wie Schweitzer sehr richtig betont, obwohl jeder auf die Veräußerung einer nicht bestehenden Forderung gerichtete Vertrag auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet sei.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hätte also in § 437 eine Ausnahme von der Regel des § 306 aufgestellt, und die Regel wiederum in einem Fall von der Ausnahme ausgenommen. Diese einfache Feststellung zeigt deutlich die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion. In § 306 ist die objektive Unmöglichkeit der Leistung geregelt. Wenn § 437 auch Fälle der objektiven Leistungsunmöglichkeit behandelt, dann ist es unverständlich, weshalb beim Forderungsverkauf, einer angeblich objektiv unmöglichen Leistung, die Entstehungsmöglichkeit bedeutsam sei. Der Gegenstand einer unmöglichen Leistung kann von niemand erbracht werden, weil er für niemand entstehen konnte, wie die von Schweitzer[65] angeführten Beispiele zeigen, z. B. jemand veräußert ein Nießbrauchrecht an einem Grundstücke, welches gar nicht vorhanden ist (§ 1059 Satz 1 und 2). Kann die Leistung doch von jemand erbracht werden, war ihr Entstehen überhaupt möglich, dann ist die Unmöglichkeit lediglich subjektiv, also Unvermögen. Nun soll § 437 aber gerade für die Fälle zutreffen, in denen die Entstehung — mithin das Bestehen der Forderung — nur subjektiv unmöglich ist (vgl. Fall 2 Seite 11). Dann kann sich § 437 nicht auf Fälle der objektiven Leistungsunmöglichkeit beziehen, und Schweitzers Ausführungen haben die Streitfrage keineswegs geklärt.

---

[64]) Ebenso O. Fischer, S. 27; Oertmann, § 437 Anm. 3; in Ehrenberg, S. 403; Staudinger, § 437 Anm. 1 und 5; Planck, § 437 Anm. 1a; Soergel, §§ 306 Anm. 4; 437 Anm. 2; Enneccerus-Lehmann, S. 106, 359; RGZ. 68, 293.
[65]) S. 27.

Auch Planck's Meinung[66]) läßt sich nicht halten, für die Haftung des Verkäufers gemäß § 437 sei ausschlaggebend, ob man die Gültigkeit des Vertrages annehme oder nicht. Nehme man Gültigkeit des Vertrages an, dann sei die Annahme einer Ausnahme von § 306 notwendig, weil die Unmöglichkeit der Übertragung eines nicht bestehenden und nicht als künftig gemeinten Rechts stets objektiv sei. Hier interessiert nur, warum in § 437 die Gültigkeit des Vertrages nicht ausdrücklich entschieden sei, und wann diese anzunehmen ist. In § 437 soll nur eine gesetzliche Gewährpflicht bestimmt sein, die neben einem nichtigen wie gültigen Kauf möglich sei. Die Haftung des Verkäufers kann doch nur eintreten, wenn eine Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises besteht, der Vertrag gültig ist. Denn es ist schlechterdings unverständlich, wofür überhaupt eine Gewährpflicht bestehen kann und soll, wenn der Vertrag nichtig, also rechtlich ein Nichts vorhanden ist. Der Schuldner kann doch nur durch Vertrag zu etwas verpflichtet sein. Eine Haftung des Verkäufers trotz Nichtigkeit des Vertrages wäre so auffallend, daß man daran nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift glauben könnte. Die besteht aber gerade nicht, sonst wäre Plancks Frage nicht notwendig. Und was ist für die Gültigkeit des Vertrages maßgebend? Darauf gibt Planck überhaupt keine Antwort. Die von ihm angeführten praktischen Gründe zeigen nur, daß er mit seiner Ansicht zu unhaltbaren Folgerungen kommt, die aber sofort hinfällig sind, wenn man § 437 die Fälle des Unvermögens unterordnet, während § 306 die Unmöglichkeit der Leistung betrifft.

c) Dem Wesen des § 437 kommt Schollmeyer näher. Er meint, daß nur subjektive Unmöglichkeit vorliege, wenn der Zedent sich für den Gläubiger der abgetretenen Forderung hielt, während ein anderer der Gläubiger war (vgl. Fall 1 Seite 11). Dann ergebe sich die Gültigkeit des Abtretungsvertrages — womit er anscheinend den Kaufvertrag meint — schon aus allgemeinen Gesichtspunkten[67]). Soll in diesem Fall — und es liegt kein Anhaltspunkt vor ihn auszuschließen, da eine Forderungsabtretung nicht erfolgt ist (§ 398 BGB.) — § 437 ebenfalls Anwendung finden? Auch Kleineidam[68]) gibt zu, daß § 437 Fälle des Un-

[66]) § 306, Anm. 2a.
[67]) Komm. § 306 Anm. 4c.
[68]) S. 159 ff.

vermögens betreffe. Man kann aber nicht gleichzeitig sagen, es sei kein Unterschied vorhanden, ob die Sache, auf welche sich die abgetretene Forderung beziehe, garnicht bestehe, oder ob sie nur der Verfügungsmacht des Zedenten entzogen sei[69]). Hier ist doch zu unterscheiden, ob die Forderung auf die Sache besteht oder nicht (vgl. Fall 1 und 2 oben Seite 11). In beiden Fällen soll nun ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag vorliegen. Wenn die verkaufte Forderung zwar besteht, aber nicht dem Verkäufer gehört, dann besteht sie in jedem Fall, gleichgültig, ob der Verkäufer weiß, daß er nicht der Gläubiger ist oder nicht. Die Übertragung einer bestehendedn, dem Verkäufer nicht gehörigen Forderung ist doch ebenso möglich und daher von ihm zu vertreten, wie der Verkauf einer im fremden Eigentum stehenden Sache. Das führt zu der, von Schollmeyer und Kleineidam nicht gezogenen Folgerung, in § 437 seien Unmöglichkeit und Unvermögen des Schuldners geregelt und gleichgestellt. Bei dem Verkauf einer bestehenden Forderung, die dem Schuldner nicht gehört, handelt es sich nur um ursprüngliches Unvermögen. Das Gesetz unterscheidet mit unverkennbarer Absicht scharf zwischen beiden Begriffen. Während § 306 die ursprüngliche Unmöglichkeit regelt, ist das ursprüngliche Unvermögen nach dem Willen des Gesetzes unerheblich, wie ein Umkehrschluß aus § 306 in Verbindung mit § 275 Abs. II BGB. ergibt. Man kann dann aber kaum glauben, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in § 437 die ursprüngliche Unmöglichkeit dem ursprünglichen Unvermögen gleichgestellt habe.

Überraschenderweise zieht gerade Titze diese Folgerung, der als erster im neuen Recht erkannt hat, wann beim Forderungsverkauf nur Unvermögen und wann Unmöglichkeit anzunehmen ist[70]). Unmöglichkeit liege vor, wenn eine Forderung abgetreten wird, die ihrerseits auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist, welche von niemand erbracht werden kann (vgl. Fall 3 Seite 11). Dagegen handele es sich nur um Unvermögen, wenn zwar die Forderung selbst nicht besteht, wohl aber der Gegenstand, auf den sie gerichtet ist, wenn sie also von einem anderen geschaffen werden kann (vgl. Fall 2 Seite 11). Da aber das Nichtbestehen des Rechtes bisweilen eine subjektive, bisweilen eine objektive Unmöglichkeit der Leistung begründe, fährt Titze fort,

---

69) Schollmeyer, § 306 Anm. 4c.
70) a. a. O. S. 64 ff.

so müßte der über ein nicht bestehendes Recht abgeschlossene Kaufvertrag bald gültig, bald nichtig sein. Statt dessen bestimme § 437, daß der Kaufvertrag unter allen Umständen gültig sei, mag es sich um anfängliche objektive Unmöglichkeit oder anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung handeln[71]). Für diese Auslegung bietet jedoch das Gesetz nirgends eine Grundlage. Sie wäre nur denkbar, wenn die Regel des § 306 durch den § 437 ausdrücklich ausgeschlossen wäre. Solange aber § 306 besteht, solange muß man ihn auch im gegebenen Falle anwenden. Es liegt doch nicht der geringste Anlaß vor, den Forderungskauf immer als gültig, den Sachkauf aber bald als gültig, bald als nichtig zu behandeln.

2. Für die richtige Auslegung des § 437 können nur die Ansichten in Betracht kommen, die deutlich die Grundfälle des Forderungsverkaufs unterscheiden. Man hat zwar erkannt, daß der Verkauf eines nicht bestehenden Rechts, das von niemand geschaffen werden, überhaupt nicht entstehen kann, ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist. Dieser ist gemäß § 306 nichtig, also nach der allgemeinen Regel. Dann läßt sich aber auch die Folgerung ziehen, daß die § 437 unterzuordnenden Fälle nicht unmögliche Leistungen im Sinne des § 306 sind. Die gleichzeitige Anwendung der §§ 437 und 306, wie Rabel meint, ist darum ausgeschlossen, weil eine Vergleichung der drei Hauptfälle des Forderungskaufs sofort zeigt, daß zwischen den Fällen 1 und 3 weder eine Beziehung noch eine Ähnlichkeit besteht.

Am häufigsten sagt man, § 437 beziehe sich auf eine objektiv unmögliche Leistung, da eine nicht bestehende Forderung einer nicht vorhandenen Sache gleichstehe. Das tatsächliche Vorhandensein der Sache soll dem bestehenden Gläubigerrecht entsprechen. Man kann aber eine nicht bestehende Forderung nicht einer nicht vorhandenen Sache gleichstellen, eben weil das Bestehen einer Sache reine Tatfrage, einer Forderung aber eine Rechtsfrage ist[72]). Lenel hat schon erkannt[73]), daß als wesentliche Absicht des Vertrages nicht „die Überäußerung des Forderungsrechtes“ anzusehen ist. Der Verkäufer haftet „für“ den Bestand des Rechtes und „dafür“, daß ein Wertpapier nicht zum Zwecke

[71]) S. 268.

[72]) Zustimmend Rehbein, § 306 Anm. 8a.

[73]) in: Iherings Jahrb. Bd. 19, S. 235.

der Kraftloserklärung aufgeboten ist (§ 437 Abs. II). Er haftet nicht „auf" Übertragung des Rechtes. Es handelt sich hier um eine Verpflichtung zur Übertragung, nicht um eine Übertragung eines nicht bestehenden Rechtes. Dazu wäre niemand fähig, denn eine erst nach Vertragsabschluß und vielleicht gar durch den Willen eines Dritten entstandene Forderung ist nicht die „verkaufte". Während die nicht vorhandene Sache auch nicht bestehen kann, denn wäre es möglich gewesen, würde keine objektiv unmögliche Leistung vorliegen, kann eine nicht bestehende Forderung — nicht immer, es ist aber möglich — begründet werden, durch Eingehung einer Verbindlichkeit. Der Tatsache des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins einer Sache steht die rechtliche Möglichkeit des Bestehens der Forderung gegenüber. Der Verkäufer haftet „für den rechtlichen Bestand", nicht für das tatsächliche Entstehen. Kann die Forderung überhaupt nicht bestehen, weil ihr Entstehen unmöglich ist, würde ein nach § 306 nichtiger Vertrag vorliegen. Nach dem Sprachsinn, den auch das Bürgerliche Gesetzbuch vertritt, bedeutet Unmöglichkeit die Notwendigkeit, daß etwas nicht geschieht. Zwischen den Parteien ist eine vertragliche Bindung nicht entstanden. Dann kann doch nicht der Schuldner gleichzeitig verpflichtet sein, gemäß § 437 das Erfüllungsinteresse zu leisten. Durch die Annahme einer Ausnahme von der Regel bringt man nur die Möglichkeit der Haftung zum Ausdruck. Man kann aber nicht erklären, warum das Gesetz den Verkäufer haften läßt. Durch seine Worte „. . . haftet für den rechtlichen Bestand . . ." läßt das Gesetz deutlich erkennen, daß es von dem Nichtbestehen der Forderung, das ja in dem Bestehenkönnen enthalten ist, ihr Nichtentstehen ausnimmt. Der Verkauf einer Forderung, die nicht und niemals entstehen kann, ist ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag. Der Schuldner haftet nur für eine Forderung, die bestehen kann. Er muß dafür einstehen, daß er eine Forderung verkauft hat, deren Übertragung ihm unmöglich ist. Ein anderer könnte sie übertragen, weil diese Forderung bestehen könnte. Nur der Schuldner ist dazu unvermögend.

Ganz anders aber bei der nicht vorhandenen Sache. Das Versprechen ihrer Leistung ist immer auf etwas Unmögliches gerichtet, weil sie von niemand erbracht werden kann. Es ist daher verfehlt, eine nicht vorhandene Sache einer nicht bestehenden Forderung gleichzustellen. Nur

wenn man den Unterschied erkennt, kann man das Wesen des § 437 verstehen. Dann findet sich auch die Grenze, die das Verhältnis dieser beiden umstrittenen Vorschriften klarlegt.

III. Das Verhältnis des § 437 zu § 306 folgt zwingend aus dem System des Gesetzes.

Solange die Streitfrage besteht — und das gemeine Recht kannte wohl unseren § 306, aber nicht den § 437 in seiner heutigen klaren Ausdrucksweise —, solange hat man auch die weit verbreitete Ansicht bekämpft, der Verkauf einer nicht bestehenden Forderung sei auf eine unmögliche Leistung gerichtet[74]).

Mommsen[75]), der zunächst versuchte, für den Forderungsverkauf eine haltbare Erklärung zu finden, hat eine wissenschaftliche Kritik veranlaßt, die der Streitfrage schon eher gerecht wurde. Windscheid[76]), dem sich im Ergebnis auch Brinz[77]) anschließt, betont, daß der Verkauf einer nicht bestehenden Forderung nicht dem Verkauf einer nicht vorhandenen Sache gleichgestellt werden könne. Der Grund, warum der Verkäufer nicht liefern könne, sei lediglich der Mangel s e i n e s Rechts. Anders wäre es, wenn der angegebene Schuldner gar nicht existierte. Brinz hebt wieder hervor, daß man zwischen dem s u b j e k t i v e n H a b e n und dem o b j e k t i v e n S e i n der Forderung unterscheiden müsse. Schweitzer[78]) erkennt vollkommen richtig, daß auch Brinz objektive Unmöglichkeit der Leistung für vorliegend hält, aber doch nur, wenn das objektive Sein der Forderung ausgeschlossen ist.

Jhering[79]) hat als erster die richtige Erklärung gefunden. Er ist der Ansicht, lediglich der Gegensatz zwischen subjektiver und objektiver Unmöglichkeit sei für den Verkauf einer nicht vorhandenen Forderung ausschlaggebend. Hier nehme er allerdings eine etwas andere Gestalt an als bei dem Verkauf einer nicht vorhandenen Sache. Objektive

---

74) vgl. Lenel in Jherings Jahrb. Bd. 19, S. 235.
75) Beitrag I, S. 134 ff.
76) Kritische Überschau, Bd. II, S. 118.
77) Kritische Überschau, Bd. V, S. 297 ff.
78) S. 13.
79) in Jahrbuch Bd. IV, S. 69 ff.

Unmöglichkeit liege vor, wenn das als bestehend gesetzte Recht bezw. dessen Übertragung in thesi, d. h. nicht bloß für diesen Verkäufer, sondern für jeden unmöglich sei; ein solcher Vertrag sei nichtig. Anders sei es aber, wenn das Recht, welches der Verkäufer sich beilege, an sich bestehen könnte, doch sei es überall nicht oder nur in seiner Person nicht bestehe. Dann würde nur subjektive Unmöglichkeit vorliegen. Jhering bespricht einzelne Fälle und gibt als Beispiele eine Forderungsabtretung, bei der die gemeinte Forderung einmal in der Person eines anderen wirklich besteht, während sie im anderen Falle nicht besteht, aber immerhin wirklich bestehen könnte. Wesentlich sei nur, daß der Verkäufer die Forderung haben könnte. Weil er das versichert habe, müsse er dafür einstehen.

Jhering meint also, daß bei dem Verkauf einer Forderung, die 1. bestehe, aber nicht dem Verkäufer gehöre, 2. nicht bestehe, aber doch bestehen könnte, nur subjektive Unmöglichkeit vorliege. Im Hauptfall 3. (oben Seite 11) dagegen nimmt er objektive Unmöglichkeit an[80]). Diesen Ausführungen hat sich später Mommsen[81]) angeschlossen. In der Tat läßt sich an der von Jhering für das gemeine Recht gegebenen Lösung der Streitfrage nichts aussetzen.

Es kann dann auch nicht verwunderlich sein, wenn bei der Entstehung unseres Bürgerlichen Gesetzbuches Jherings Ansicht eine bedeutende Rolle spielte. So sagen die Motive[82]): „Aus dem Grundsatze, daß das bloß subjektive Unvermögen des Schuldners die Gültigkeit des Vertrages unberührt läßt, beantwortet sich auch die insbesondere in der Doktrin des gemeinen Rechts bestrittene Frage, ob ein Vertrag über die Veräußerung einer nicht existierenden Forderung nichtig ist.“ Ähnlich wird in der Denkschrift zum Rechte der Schuldverhältnisse[83]) gesagt: „Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes .... ist zur Verschaffung des Rechtes verpflichtet, auch wenn das verkaufte Recht zur Zeit des Verkaufs nicht besteht. Nach einer im gemeinen Recht nicht selten vertretenen Ansicht wäre dieser Fall nach den Grundsätzen zu beurteilen, welche für den Verkauf einer nicht existierenden Sache gelten, es würde mithin ein Vertrag über eine unmögliche Leistung

---

80) Im Ergebnis auch Lenel in Jherings Jahrb. Bd. 19, S. 235 ff.
81) Erörterungen II, S. 89 Anm. 4.
82) Entw. I Bd .II, S. 177.
83) S. 58. Mugdan, S. 1243.

vorliegen. Um einer solchen, sachlich nicht gerechtfertigten Auffassung vorzubeugen, spricht der Entwurf besonders aus, daß der Verkäufer für den rechtlichen Bestand des Rechtes haftet[84])."

Gewiß, die Materialien sagen nur, was Gesetz werden sollte[85]). § 431 der Reichstagsvorlage entspricht aber wörtlich § 437 BGB., und man hat gerade unter Bezugnahme auf die Materialien behauptet, § 437 behandele nur Fälle des Unvermögens[86]). Und das mit Recht.

§ 437 betrifft zunächst den Fall einer verkauften, bestehenden Forderung, die dem Schuldner nicht gehört. Er hat eine Forderung verkauft, auf die er keinen Anspruch hat. Weil für den Verkäufer die Forderung nicht besteht, und das Bürgerliche Gesetzbuch keinen gutgläubigen Forderungserwerb kennt (§ 398), hat er „für den rechtlichen Bestand der Forderung" aufzukommen. Denn ihm ist die Erfüllung des Vertrages unmöglich. Es kommt hier nicht auf die Person des Schuldners an, eine „persönliche" Leistung liegt garnicht vor. Das Vermögen des Schuldners reicht nur nicht aus, die Erfüllung zu bewirken, das verkaufte Recht auf den neuen Gläubiger zu übertragen. Ein solches, bei der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenes Unvermögen des Schuldners zur Leistung ist ohne Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schuldners. In § 437 wird dies noch einmal hervorgehoben, obgleich es eigentlich nicht notwendig war, um — wie Denkschrift und Motive sagen — den Streit im gemeinen Recht zu erledigen.

Ebenfalls liegt nur Unvermögen vor, wenn der Schuldner eine Forderung verkauft, die nicht besteht, die aber von einem anderen begründet werden kann. Der Verkauf einer solchen Forderung ist nicht der Verkauf eines tatsächlichen Nichts. Der Schuldner hat eine Forderung verkauft, die ihm nicht zusteht; ein anderer könnte sie besitzen, weil ihr Bestehen an sich möglich ist. Der Verkauf eines Nichts würde nur dann vorliegen, wenn ein Schuldner der verkauften Forderung als Persönlichkeit nicht denkbar wäre. In diesem Falle wäre der Kaufvertrag auf etwas objektiv Unmögliches gerichtet und die Grundsätze über die anfängliche objektive Unmöglichkeit müßten angewendet werden (§ 306). Ist aber das Bestehen der Forderung überhaupt

---

84) vgl. auch Mugdan, a. a. O. S. 575; Prot. VI, S. 155.
85) vgl. RGZ. 104, 173.
86) Titze, Unmöglichkeit, S. 64; Rehbein II, S. 156; Kreß, S. 114; RGZ. 86, 210; RG. in LZ. 1909, S. 674 Nr. 12.

objektiv möglich, dann hat sich der Schuldner dazu verpflichtet, daß i h m die Leistung möglich sei. Die Forderung könnte bestehen, sie besteht dann vielleicht nicht in Wirklichkeit, aber ihre Leistung ist nicht unmöglich[87]).

§ 437 bezieht sich nur auf die Fälle, daß der Verkäufer das objektiv mögliche Recht nicht besitzt. Es liegt also nur anfängliches Unvermögen vor, und es entspricht nur dem System des Gesetzes, wenn § 437 den Verkäufer haften läßt. Hier zeigt sich besonders die Bedeutung der Abgrenzung von Unmöglichkeit und Unvermögen. Jede objektiv mögliche Leistung kann gültig versprochen werden, mag sie auch der Schuldner nach seinen persönlichen Verhältnissen überhaupt nicht oder doch nur mit höchster Anspannung seiner wirtschaftlichen Kräfte bewirken können. Auch fremde Rechte können — wie fremde Sachen — gültig verkauft werden. Rechtlich unerheblich ist es, ob die Kräfte des Schuldners zu ihrer Beschaffung ausreichen. Der Gläubiger muß und soll darauf vertrauen können, daß eine an sich (objektiv) mögliche Leistung auch vom Schuldner — der sie doch versprochen hat — bewirkt werden kann. Da die subjektive Unmöglichkeit lediglich in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners begründet ist, kann sie bei Änderung dieser Verhältnisse aufgehoben, die Leistung also dem Schuldner vielleicht immer noch schwer, aber doch möglich werden. Darauf beruht die Bestimmung des § 437. Kann der Schuldner, der eine nicht oder nur für ihn nicht bestehende Forderung verkauft hat, diese nicht in Erfüllung des Vertrages leisten, während ein anderer es könnte, dann hat er sein Unvermögen zur Leistung eben zu vertreten[88]).

Damit steht im Einklang, daß der Verkauf einer nicht bestehenden Forderung, die ihrem Wesen nach überhaupt nicht entstehen und von niemand geleistet werden kann, nichtig ist. § 306 trifft die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen von Anfang an unmögliche Leistung. Der Verkauf eines Rechtes, das seiner Art nach von der Rechtsordnung nicht zugelassen wird oder aus sonst irgend einem Grunde überhaupt nicht entstehen kann, ist auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet. Diese Leistung kann von niemand, weder im Augenblick des Vertragsschlusses, noch später, bewirkt werden. In einem solchen Fall kann nie

---

[87]) Zustimmend Snethlage, S. 28; Kuhlenbeck, § 437 Anm. 2.

[88]) Zustimmend Kohler, Lehrb. d. BGB. II, 1, S. 81; Gierke, III, § 193 Anm. 34; Siméon-David, S. 324; Staudinger, § 306 Anm. 2b; RGZ. 86, 210.

§ 437 zur Anwendung kommen. Während § 306 von der Leistung schlechthin spricht, also jede Leistung meint, die Gegenstand eines Vertrages sein kann, meint § 437 nur eine ganz bestimmte Leistung, nämlich die Verschaffung einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes. Die Anwendungsgebiete und die Rechtsfolgen der abzugrenzenden Bestimmungen sind gänzlich verschieden. Daraus läßt sich notwendig die Folgerung ziehen: § 437 bildet keinen Sonderfall des § 306; er ist keine lex specialis, welche die ihren Voraussetzungen entsprechenden Fälle unter Ausschluß des § 306 regelt; endlich keine Ausnahme von der Regel, weil er — im Gegensatz zu § 306 — nur das ursprüngliche Unvermögen betrifft[89]).

Damit ist für das Verhältnis des § 437 zu § 306 die streitige Grenze gezogen. Sie trennt scharf die beiden Bestimmungen. Nirgends greift das Anwendungsgebiet der einen in das der anderen über. Es handelt sich immer nur um die Frage: welcher der drei Grundfälle des Forderungsverkaufs liegt vor; handelt es sich um Unmöglichkeit der Leistung oder um Unvermögen des Schuldners zur Leistung. Ist sie erst einmal geklärt, dann ist es leicht zu entscheiden, welche Vorschrift im einzelnen Fall anzuwenden ist.

[89]) Zustimmend Goldbaum, S. 98.

Lebenslauf.

Am 14. 10. 1907 wurde ich Franz Heinz August Wilhelm Henneberg in Posen geboren. Seit Ostern 1914 bis 1922 besuchte ich in Rawitsch i. P. zunächst die Bürgerschule und später das dortige Gymnasium. 1922 kam ich nach Liegnitz und bestand Ostern 1926 am Städt. Realgymnasium die Reifeprüfung. Mit Ausnahme der Sommersemester 1927 und 1928, die ich in Greifswald verbrachte, studierte ich in Breslau. Am 30. 6. 1930 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und werde seit 15. 9. 1930 als Gerichtsreferendar ausgebildet.